

häftsnummer:

sts 294/49

(2-3/49)

Verminutlich am 16.1.50. 84

23. Jan 1950

Hansen Justizinspektor  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

## Im Namen des Rechts!

Strafsache gegen den Kaufmann Willi August Heinrich Lempfert,  
geboren am 13. November 1907 in Kellinghusen, wohnhaft  
dortselbst, Hauptstraße 34,

wegen Verbrechens gegen die Menschlichkeit.

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft

gegen das Urteil des Schwurgerichts ~~XXXXXX~~ in Itzehoe

vom 6. April

1949 hat der Strafsenat des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone  
in Köln in der Sitzung vom 16. Januar 1950, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Gross

als Vorsitzender,

Richter beim OGH. Werner,

Hilfs Richter beim OGH. Dr. Engels

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt Schrübbers

als ~~Vorsitzer des OGH~~

Beamter der Staatsanwaltschaft

~~XXXXXX~~

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das  
Urteil, soweit es den Angeklagten Lempfert be-  
trifft, mit den zugrundeliegenden Feststellungen  
aufgehoben, und die Sache insoweit an das Schwur-  
gericht in Kiel zur neuen Verhandlung und Ent-  
scheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels,  
zurückverwiesen.

Schrift eines Urteils in der Revisionsinstanz

Oberster Gerichtshof —

Dr. Balduin Pick Köln, R. 41

G r ü n d e .

Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen eines in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge und fahrlässiger Tötung begangenen Verbrechens gegen die Menschlichkeit zu 2 Jahren Gefängnis verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft, die die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, ist begründet.

Der Angeklagte gehörte nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils dem unter Führung des rücksichtslosen und gewalttätigen Studenten Suffa stehenden "Stoßtrupp" eines SA-Sturms in dem Städtchen Kellinghusen an, der am Wahlsonntag des 5. März 1933 gegen 21 Uhr auf dem Marsche vom Stammquartier zu der für nächtliche Streifen vorgesehenen Unterkunft den damals 23 jährigen als Kommunist bekannten Arbeiter Otto Fabian ohne jeden Anlaß, weil er eine andere politische Meinung vertrat, umzingelte und mißhandelte. Als es Fabian gelungen war, den Ring der SA-Männer zu durchbrechen und einige Schritte davon zu laufen, lief der Angeklagte hinter ihm her und gab auf ihn aus einer Entfernung von 4 - 5 m einen Schuß aus seiner bereits zu Beginn des Angriffs entschulten Pistole 08 Kal. 9mm ab, der ihn im Rücken traf, den Querdarm durchschlug und 2 Stunden später seinen Tod herbeiführte.

Gegen die Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit nach Art. II 1 c KRG. 10 bestehen bei diesem Sachverhalt nach der Rechtsprechung des OGH. keine Bedenken. Auch hat das Schwurgericht, das den Tötungsvorsatz des Angeklagten verneint, von seinem Standpunkt aus zutreffend neben dem KRG. 10 und § 222 StGB. nur eine Körperverletzung nach §§ 223, 226 StGB. angenommen. Die Ansicht der örtlichen Staatsanwaltschaft, daß auch § 223a vorliege, ist irrig, weil das Vergehen gegen § 223a durch das Verbrechen gegen § 226 aufgezehrt wird (RGSt. Bd. 36 S. 277; Bd. 74 S. 311; OGHSt. vom 21. 11. 49 - StS 405/49 -). Zuzugeben ist jedoch der Staatsanwaltschaft, daß die Feststellungen des Schwurgerichts, mit denen es den Tötungsvorsatz des Angeklagten ausschließen will (§ 212 StGB.), rechtlich nicht



genügen. Zwar greift die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht nicht durch, weil die Revisionsbegründung keine Tatsachen anführt, die einen Verstoß gegen § 245 Abs.1 StPO. ergeben. Jedoch hat die Sachbeschwerde Erfolg.

Zur Begründung der Anwendbarkeit des § 222 StGB. führt das Schwurgericht an, daß der Angeklagte angesichts des Kalibers der von ihm benutzten Pistole, der Dunkelheit zur Zeit der Tat und der kurzen Entfernung, aus der er schoß, voraussehen mußte, daß er Fabian töten könne. Es stellt weiterhin fest, daß der Angeklagte zu dieser Erkenntnis nach seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten durchaus in der Lage gewesen sei, zumal er mit dieser Pistole bereits Übungsschüsse abgegeben habe. Nach den Umständen des Falles muß sich also dem Angeklagten die Erkenntnis, er werde möglicherweise Fabian durch einen Pistolenschuß töten, geradezu aufgedrängt haben. Es bedarf deshalb einer näheren Darlegung, warum dennoch dem Angeklagten dieses Bewußtsein und der Wille, Fabian zu töten, gefehlt haben soll. Hierzu führt das Schwurgericht an, ein besonderer Grund des Angeklagten, sich an Fabian zu rächen, sei nicht festgestellt worden. Damit setzt es sich jedoch in Widerspruch zu der Sachdarstellung, nach der der Angeklagte bereits mit Fabian einen Zusammenstoß gehabt hat. Auch die weitere Bemerkung des Schwurgerichts, der Angeklagte hätte Fabian nicht in den Unterleib geschossen, wenn er ihn hätte töten wollen, ist aus zwei Gründen unzulänglich. Das Schwurgericht geht, wenn es aus der Einschußstelle auf einen mangelnden Tötungsvorsatz schließen will, offenbar davon aus, daß Schüsse in den Unterleib mindergefährlich seien. Diese Annahme widerspricht der allgemeinen Erfahrung, die lehrt, daß <sup>nach</sup> Schüsse in den Unterleib gerade besonders gefährlich sind. Andererseits ist dem Angeklagten bei der festgestellten Dunkelheit ein sicheres Zielen gar nicht möglich gewesen. Auch aus diesem Grunde kann die Einschußstelle noch nicht gegen einen Tötungswillen sprechen.

Auf den in sich widerspruchsvollen und auch die allgemeine Lebenserfahrung verkennenden Feststellungen des Schwurgerichts kann das Urteil, <sup>weit</sup> sofern es einen Tötungsvorsatz des Angeklagten verneint, beruhen. Infolgedessen muß das Urteil aufgehoben werden.

die bisher unterbliebene Prüfung folgenden Umstandes vorzunehmen haben, der für einen Tötungsvorsatz sprechen kann: Bereits als die Angehörigen des "Stosstrupps" Fabian in einer Nebenstraße im Gespräch mit seiner Braut und einem Bekannten erblickten, nahm der Angeklagte seine Pistole, die er bis dahin unter seiner Bluse verborgen getragen hatte, in die Hand und entsicherte sie. Mit entsicherter Waffe beteiligte er sich dann an dem Angriff gegen Fabian, obwohl dieser nach den Urteilsfeststellungen dem "Stosstrupp" auszuweichen suchte. Der Angeklagte hat zwar nach der bindenden Feststellung des Schwurgerichts die Pistole zu seinem Schutze "mitgenommen". Daß der Angeklagte sich auch bei dem Angriff des "Stosstrupps" gegen Fabian durch eine Pistole habe schützen wollen, sagt das Urteil jedoch nicht. Dazu bestand auch angesichts der Übermacht der aus 15 Männern bestehenden SA-Formation und dem Bestreben Fabians, ihr auszuweichen, kein Bedürfnis. Das wird auch der Angeklagte erkannt haben. Deshalb liegt die Annahme nicht fern, daß der Angeklagte von Anfang an dem Fabian mehr als einfache Mißhandlungen zugefügt wissen und ihn möglicherweise erschiesen wollte.

Auch das Geständnis des Angeklagten ist bisher nur unzulänglich gewürdigt. Er hat zunächst vor dem ~~Vorführungs~~<sup>Ermittlungs</sup>gericht erklärt, ihm sei der Gedanke gekommen, wenn Fabian so feige sei, daß er davonlaufe, dann könne er ihn auch erschießen, auf den Vorhalt des Richters, ob er denn Fabian habe töten oder nur dessen Flucht habe verhindern wollen, jedoch geantwortet, er habe ihn nicht töten wollen. Das Schwurgericht will den Angeklagten an dem Wort "erschießen" nicht festhalten, weil er sich der Tragweite seiner Erklärung möglicherweise nicht bewußt gewesen sei. Das ist allerdings eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die das Revisionsgericht nicht nachprüfen kann.

Bei der neuen Verhandlung, wird jedoch das Geständnis im Zusammenhang mit dem sonderbaren Verhalten des ~~Vorführungs~~<sup>Ermittlungs</sup>richters Dr. Henneberg zu betrachten sein nach dessen Aussage der Angeklagte auf die goldenen Brücken, die er ihm baute, nicht einging und offenbar



86  
nicht "spürte", als er von dem Gedanken, Fabian erschießen zu können, sprach. Dieser Sachverhalt legt die Annahme nahe, daß der Angeklagte sich trotz der "goldenen Brücken" zunächst infolge seines Schuldbewußtseins und in dem Bestreben, sich von einer Last zu befreien, die er 16 Jahre mit sich herum getragen hatte, zu <sup>einem offenen</sup> ~~dem~~ Geständnis entschloß, und daß er erst auf den nochmaligen Vorhalt des <sup>Nicht</sup> ~~Zeugen~~ "spürte" und den Tötungswillen in Abrede stellte. Unter diesem Gesichtspunkt wird das Schwurgericht das Geständnis erneut zu überprüfen haben.

<sup>sachlich</sup> Erhebliche Bedenken unterliegen auch die allgemeinen Strafzumessungserwägungen des Schwurgerichts. Es spricht zunächst aus, daß die Strafen keine Rache und Vergeltung darstellen sollen. Daß die Strafzumessung nicht von dem Gedanken an Rache beeinflusst sein darf, ist so selbstverständlich, daß eine besondere Hervorhebung dieses Gesichtspunktes seltsam anmutet. Der Gedanke der Vergeltung hingegen ist ein grundlegendes Prinzip der Strafzumessung; denn die Strafe dient nicht nur der Sicherung der Gemeinschaft gegen den Rechtsbrecher <sup>und</sup> ~~sowie~~, soweit möglich, <sup>seiner</sup> ~~dessen~~ Besserung, sondern sie soll auch Sühne für die begangene Tat sein. Noch verfehelter ist es, wenn das Schwurgericht strafmildernd berücksichtigt, daß die Strafe in dem Betroffenen nicht das Gefühl hervorrufen dürfe, mit ihm werde "willkürlich aus einem Haßempfinden" heraus verfahren. Die Verhängung willkürlicher Strafen ist ein Kennzeichen der nationalsozialistischen Strafpraxis gewesen. Unter rechtsstaatlichen Verhältnissen <sup>ist für Rechtsmissetaten kein Raum</sup> ~~kommt dies nicht in Betracht~~. Wenn der Angeklagte diese Einsicht nicht besitzt oder vielleicht infolge <sup>seiner noch nicht restlos überwundenen</sup> ~~nationalsozialistischer~~ Verblendung eine sachgemäße Strafe als willkürlich empfindet, so darf das Gericht dies nicht zum Anlaß nehmen, ~~um~~ unter das schuldgerechte Strafmaß herunterzugehen. Andernfalls würde der Richter nicht die nach seiner Überzeugung gerechte Strafe zumessen, sondern <sup>sich von</sup> ~~dem~~ Angeklagten <sup>lassen</sup> ~~ihm~~ vorschreiben, welche Strafe er als von ihm - dem Angeklagten - für angemessen betrachtet verhängen dürfe. Die Strafe festzusetzen, ist aber Sache des Gerichts und nicht des Angeklagten.

Gemäß § 354 Abs. 2 StPO. hat der Senat die Sache an ein benachbartes Schwurgericht zurückverwiesen.

S. Gröps.

Simms